Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Zimmermann
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der
Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet

und dem Andenken meines teuren Vaters.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bekker, Sprachliches und Sachliches zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 49.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

v. Blume, Zur Lehre von der Schuldübernahme. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 39.

Birkenbihl im Recht 1903 S. 286 ff.

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

David im Recht 1903 S. 356.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Teil 1 u. 2. 1905 u. 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Teil 2. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 51, 54, 56, 57, 59 u. 64.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1909.

Hellbach im Recht 1903 S. 335.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 48.

Josef in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 422.

Kleinecke, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1. 1906.
Leonhard, Die Gesamtschuldner im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgem. Bürgerlichen Gesetzbuches 1911.
Liebe, Das bürgerliche Recht nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 1. 1904.
Martinius in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 49 S. 181 ff.
Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 1900.
Mugdan und **Falkmann**, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 6, 8, 9.
Neuburger in den Jahrbüchern der Württembergischen Rechtspflege 1903 Bd. 40 S. 381 ff.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1909.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 1910.
Planck, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 1907.
Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.
Riezler in v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1907 Bd. 1.
Rümelin im Archiv für die zivilistische Praxis 1905 Bd. 97.
Salinger im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 81 ff.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1899.
Schwerin, Freiherr v., Schuld und Haftung im geltenden Recht. 1911.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 9. Aufl.
Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 50.
Silbermann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 68 S. 365 ff., Bd. 70 S. 157.
Staub in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 19.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1910.

Strohal, Schuldübernahme. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 57.

v. Tuhr in der Deutschen Juristenzeitung 1900 S. 349.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 1908.

Witte in der Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen 1903 S. 71 f.

Wolf, Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? Diss. Würzburg 1908.

Zürndorfer, Die Interzession nach dem heutigen Privatrechte, insbesondere die Form der kumulativen Schuldübernahme. Diss. Heidelberg 1909.

Einleitung.

§ 1.

Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme fallen unter den gemeinrechtlichen Begriff der kumulativen Interzession. Von einer solchen spricht man, wenn „ein Dritter in ein bereits bestehendes Schuldverhältnis unter Aufrechterhaltung dieses eintritt",[1] und zwar neben dem ursprünglichen Schuldner. Trotz dieser Unterordnung unter einen gemeinsamen Begriff, der auch noch heute üblich ist, wenn ihn auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht kennt, sind aber Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme zwei verschiedene und scharf auseinanderzuhaltende Rechtsinstitute. Mit dieser Behauptung trete ich in Widerspruch zu denen, welche die kumulative Schuldübernahme rechtlich völlig als Bürgschaft behandeln, weil sie sich in nichts von ihr unterscheidet. Als Verfechter dieser Anschauung[2] höre man v. Tuhr[3]: „In der Lehre von der Bürgschaft scheint es mir zweifelhaft, ob es ... eine kumulative Schuldübernahme gibt, die

---

[1] Brattig, Diss. Leipzig 1907 S. 1.

[2] vgl. Bendix, Das deutsche PrivR. auf Grund des deutschen BGB. S. 330; v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 326; Witte in Jur. Monatsschr. f. Posen, West- und Ostpreußen 1903 S. 71.

[3] v. Tuhr in DJZ. 1900 S. 349.

sich von der Bürgschaft unterscheidet . . . Wie fein müßte die psychologische Differenzierung des Parteiwollens sein, um solche Nuancen zu konstatieren". Seit jener Zeit nun, wo solche Äußerungen getan wurden, sind zehn Jahre ins Land gegangen. In dieser Zeit ist es der Wissenschaft gelungen, „solche Nuancen" festzustellen. Es dürfte daher nicht uninteressant sein, Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme als durchaus gleichberechtigte Rechtsgebilde einmal einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen.

Erstes Kapitel.

Das Wesen beider Rechtsinstitute.

§ 2.

Begriff.

Nach § 765 BGB. liegt Bürgschaft vor, wenn sich jemand dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich als Inhalt dieses Schuldverhältnisses: das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten. Der Bürge übernimmt dadurch also nicht die Verpflichtung selbst; er als Bürge hat vielmehr nur dafür einzustehen, daß der Dritte sie erfüllt. Der Inhalt des Bürgschaftsvertrages ist also ein ganz anderer als der des Urvertrages. Für den Inhalt der Bürgschaft ist der jeweilige Bestand und Umfang der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Infolgedessen kann die Leistung des Bürgen in dem Augenblicke, wo er von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, oftmals eine andere sein, als sie bei Eingehung des Bürgschaftsvertrages war. Wird z. B. der Hauptschuldner infolge einer von ihm verschuldeten nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit schadensersatzpflichtig, so hat der Bürge gleichfalls Schadensersatz zu leisten; er

hat nicht etwa die ursprüngliche Leistung zu bewirken. Isay (a. a. O. S. 194 u. 198 ff.) vertritt die Ansicht, daß der Bürge stets nur Schadensersatz zu leisten hat, mag ihm auch die Erfüllung der Hauptschuld möglich sein. „Das Einstehen des Bürgen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners kann", so führt Isay aus, „nichts anderes als Schadloshaltung für die etwaige Nichterfüllung der Verbindlichkeit sein." Diese Ansicht vermag ich nicht zu teilen.[1] Wie aus § 765 Abs. 1 Satz 1 hervorgeht, hat der Bürge für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen. Damit soll doch offensichtlich gesagt sein, daß der Bürge, falls der Hauptschuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, für ihn einspringt und an seiner Statt die Hauptschuld erfüllt. Daß er von vornherein Schadensersatz zu leisten hat, kann unmöglich der Sinn des Wortes „Einstehen" sein.[2] Aber noch ein weiteres Argument spricht für unsere Ansicht. Nach § 766 Abs. 2 wird der Formmangel geheilt, „soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt". Mit diesen Worten ist meines Erachtens unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß der Bürge, falls er zur Erfüllung der Hauptschuld imstande ist, das gleiche leisten soll wie der Hauptschuldner.[3] Hätte das Gesetz dies damit nicht sagen

[1] So auch Westerkamp a. a. O. S. 169 u. 173; Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 57 S. 289 ff.; Siber in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 109 ff.

[2] So auch Westerkamp S. 173.

[3] Siber (a. a. O.) S. 109 ff.

wollen, dann hätte es doch sicherlich den Ausdruck „Hauptverbindlichkeit" vermieden. Wie Isay dieses Wort des § 766 mit seiner Ansicht vereint, darauf bleibt er uns die Antwort schuldig.

Die Verbindlichkeit, für welche Bürgschaft geleistet wird, braucht nicht notwendig eine Geldforderung zu sein. Man kann sich auch für höchstpersönliche Leistungen des Schuldners verbürgen.[4] [5] [6]

§ 765 Abs. 1 spricht ganz allgemein von einer Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Kann man denn darunter nicht auch eine solche verstehen, die in einem höchstpersönlichen Tun besteht? Zweifellos ja. Ein Gegenargument gegen obige Behauptung ist m. E. nicht aus den §§ 766, 767 Abs. 1 Satz 1 und 774 Abs. 1 Satz 1 herzuleiten. Damit der Bürge sich aber für höchstpersönliches Leisten des Hauptschuldners verbürgen kann, ist Voraussetzung, daß der Hauptschuldner, falls er die ihm obliegende höchstpersönliche Leistung nicht erbringt, zu

---

[4]) Kohler, Lehrb. des bürgerl. R. 1906 Bd. 2 Teil 1 S. 415 f.; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 1908 S. 151; Reichel, Die Schuldmitübernahme 1909 S. 75; Strohal a. a. O. S. 289; Siber a. a. O. S. 109. Zu ihnen ist auch Dernburg zu zählen (Das bürgerl. R. 1906 Bd. 2 Abt. 2 S. 390).

[5]) Anders Seyfferth, Diss. Leipzig 1905 S. 5 u. 11.

[6]) Alle anderen haben sich gerade über diese Frage nicht geäußert. Sie sprechen nur ganz allgemein von einer Verbürgung für alle Verpflichtungen, z. B. Oertmann, BGB. 1910 Bd. 2 S. 934; Planck, BGB. 1907 Bd. 1 S. 824.

Schadensersatz verpflichtet ist. Geht in einem solchen Falle die nichtvertretbare höchstpersönliche Leistung durch schuldhaftes Verhalten des Hauptschuldners in eine vertretbare über, dann besteht die Leistung des Bürgen, falls er vom Gläubiger belangt wird, stets in Schadensersatz. Die Urschuld selbst zu erfüllen, ist für den Bürgen unmöglich.

Der Schuldgrund, aus welchem der Gläubiger seine Rechte gegen den Bürgen herleitet, ist einzig und allein der Bürgschaftsvertrag; nicht darf der Gläubiger gegen den Bürgen etwa aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Schuldverhältnisse klagen.

Wie verhält es sich nun mit der kumulativen Schuldübernahme? Daß diese, wenn sie auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt ist, auch heute noch durchaus zulässig ist, ist in der Wissenschaft unstreitig. Nach dem das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien Verträge ganz nach ihrem Willen gestalten, wenn sie nur nicht gegen die §§ 134, 138 BGB. verstoßen. Ist die kumulative Schuldübernahme auch im Gesetz nicht definiert, so ist doch der Begriff ein in Theorie und Praxis allgemein anerkannter. Darüber besteht kein Streit. Die kumulative Schuldübernahme ist ein Vertrag, durch den sich jemand „dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, die aus dem Schuldverhältnis des Dritten zu dem Gläubiger herrührende Verpflichtung — unbeschadet der Weiterhaftung des Dritten — als eigene Verbind-

lichkeit zu erfüllen".[7][8] Sonach ist der Inhalt dieses Vertrages: die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten als eine eigene. Im Gegensatz zur Bürgschaft hat der kumulative Schuldübernehmer die Verbindlichkeit selbst zu erfüllen und nicht wie der Bürge nur dafür einzustehen, daß der Dritte sie erfüllt. Wird er also vom Gläubiger auf Leistung belangt, dann hat er stets die Urschuld so, wie sie zur Zeit des Schuldübernahmevertrages besteht, zu erfüllen; Schadensersatz nur, wenn er selbst, nicht aber der Urschuldner schadensersatzpflichtig wird. Er ist also so zu behandeln, als hätte er selbst den Urvertrag, z. B. einen Darlehnsvertrag mit dem Gläubiger geschlossen. Der kumulative Schuldübernehmer tritt sonach in die Hauptschuld, und zwar neben dem Hauptschuldner ein, während der Bürge für sie eintritt.[9])

Da der kumulative Schuldübernehmer dieselbe Leistung wie der Urschuldner hat, so kann diese nur eine solche sein, die von jedem erfüllt werden kann. Sonach kann im Gegensatz zur Bürgschaft die Verbindlichkeit des Urschuldners nie in einem höchstpersönlichen Tun bestehen.

Auch der Schuldgrund unterscheidet sich von dem der Bürgschaft. Das Recht des Gläubigers gegen den kumulativen Schuldübernehmer gründet sich auf das

---

[7]) Westerkamp a. a. O. S. 36.

[8]) vgl. auch Entsch. d. RG. v. 20. 3. 1903 (Bd. 51 S. 121) und vom 14. 11. 1904 (Bd. 59 S. 233); Reichel a. a. O. S. 1; Brattig a. a. O. S. 2; Martinus in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 183.

[9]) Reichel a. a. O. S. 75.

zwischen jenem und dem Urschuldner bestehende Schuldverhältnis, also z. B. auf Darlehn oder Kauf, nie aber auf den kumulativen Schuldübernahmevertrag. Dieser Vertrag dient nur zur Begründung der Passivlegitimation des neuen Schuldners.[10])

§ 3.

Entstehungsgrund.

Wenn wir von der Begründung der Bürgschaft kraft Gesetzes — wie z. B. in den Fällen der §§ 571 Abs. 2, 1251 Abs. 2 — absehen, entsteht eine Bürgschaft nur durch einen Vertrag, und zwar muß dieser zwischen Bürgen und Gläubiger geschlossen sein. Ein Vertrag des Bürgen mit dem Schuldner begründet keine Bürgschaftsverpflichtung. Dies spricht das Gesetz im § 765 Abs. 1 unzweideutig aus.[1])[2])

Ebenso kann auch die kumulative Schuldübernahme durch Gesetz wie durch Vertrag begründet werden. Kraft Gesetzes entsteht sie z. B. bei Übernahme eines Vermögens nach § 419, beim Erbschaftskauf (§ 2382), beim Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Fortführung der bisherigen Firma (§ 25 HGB.). Was die vertragsmäßige Be-

---

[10]) Reichel a. a. O. S. 87.

[1]) vgl. auch Urteil des RG. v. 18. 2. 1904 Bd. 57 S. 66.

[2]) Wie trotzdem Enneccerus (Lehrb. des bürgerl. R. 1910 Bd. 1 Abt. 2 S. 497 Anm. 2) und Wolff (Diss. Würzburg 1908 S. 56 f.) eine Bürgschaft, die mit dem Schuldner eingegangen ist, für zulässig halten können, ist mir nicht verständlich.

gründung anlangt, so unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme hierin von der Bürgschaft.

Im Gegensatz zu dieser kann der kumulative Schuldübernehmer den kumulativen Schuldübernahmevertrag auch mit dem Urschuldner schließen und nicht bloß mit dem Gläubiger.[3] Schließen kumulativer Schuldübernehmer und Urschuldner den Schuldübernahmevertrag ab, dann müssen sie jedoch vereinbaren, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung auch vom Schuldübernehmer zu fordern (§ 328 Abs. 1 BGB.: „Versprechen der Leistung an einen Dritten"). Bedarf nun dieser Schuldübernahmevertrag der Genehmigung des Gläubigers? Kann man die Vorschrift des § 415, welche für die privative Schuldübernahme Genehmigung vorschreibt, auf die kumulative Schuldübernahme analog anwenden?[4]) Mit der herrschenden Lehre

---

[3]) Anders Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 178 und 161. Er will den Schuldübernahmevertrag nur mit dem Gläubiger geschlossen wissen. Hierzu gelangt er auf Grund seiner Anschauung von der rechtlichen Natur der nach § 415 geschlossenen privativen Schuldübernahme, der sogen. Angebotstheorie (vgl. Hellwig S. 161).

[4]) Genehmigung, wie sie § 415 vorschreibt, ist nicht etwa im Sinne einer „Annahme" des Vertrages seitens des Gläubigers zu verstehen, wie die Vertreter der Angebotstheorie meinen. Der Vertrag wird ja schon rechtsgültig zwischen kumulativem Schuldübernehmer und Urschuldner abgeschlossen. Es kann sich hierbei nur darum handeln, ob der mit dem Urschuldner, aber ohne Genehmigung des Gläubigers geschlossene Vertrag Bestand hat, ähnlich wie es der Fall ist mit § 108 Abs. 1 BGB.

bin ich der Ansicht, daß eine Genehmigung für die kumulative Schuldübernahme nicht angebracht ist. Die ratio, die zur Vorschrift des § 415 Abs. 1 Satz 1 geführt hat, trifft auf dieses Rechtsinstitut nicht zu. Durch die kumulative Schuldübernahme wird nicht — wie bei der privativen — über die Forderung des Gläubigers verfügt; er erleidet hier keinen Rechtsverlust, vielmehr gestaltet sich seine Rechtslage in der Regel weit günstiger; hat er doch jetzt statt einen zwei Schuldner, an die er sich halten kann. Sollte er wirklich einmal durch eine ohne seine Mitwirkung abgeschlossene kumulative Schuldübernahme einen Nachteil zu gewärtigen haben, dann steht ihm nach § 333 BGB. immer noch das Recht zu, das aus dem Vertrage erworbene Recht dem kumulativen Schuldübernehmer gegenüber zurückzuweisen.[5][6]

§ 4.

Akzessorietät der Bürgschaft.

Wir kommen nunmehr zu einem der einschneidendsten Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten, zu der Akzessorietät.

Ein Schuldverhältnis ist akzessorisch, „wenn es fortdauernd und in allen Punkten sich an ein anderes als

---

[5]) Reichel a. a. O. S. 148; Kleinecke, Diss. Leipzig 1907 S. 20.

[6]) vgl. z. B. Enneccerus a. a. O. S. 223; Oertmann a. a. O. S. 331; Staudinger, Komm. z. BGB. 1910 Bd. 2 S. 457; Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. 1903 Bd. 1 S. 399.

seiner Hauptobligation dienend anlehnt; es begleitet wie den Körper sein Schatten".[1])

Diese Begriffsbestimmung trifft nicht auf die kumulative Schuldübernahme zu, wohl aber auf die Bürgschaft. Die Akzessorietät ist gleichsam der Grundstein, auf dem man das Bürgschaftsrecht aufgebaut hat. Allgemein ist der Grundsatz der Akzessorietät bei der Bürgschaft im § 765 Abs. 1 ausgesprochen. Es heißt dort: „Der Bürge verpflichtet sich, für die Erfüllung der Verbindlichkeit einzustehen". Wie wir oben (§ 2) sahen, bedeuten diese Worte: Der Bürge haftet für den Schuldner. Das besagt: So wie dieser seine Schuld gestaltet, gestaltet sich auch der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung. Dieser Inhalt ist nicht bloß in seiner Entstehung, sondern auch in seinem weiteren Bestehen völlig von der Hauptschuld abhängig. Er „hält steten Gleichlauf mit der Hauptschuld".[2]) Dieses stete Sichanpassen an ein anderes Schuldverhältnis nennt man Akzessorietät. Diese akzessorische Natur der Bürgschaft ist auch in § 767 Abs. 1 Satz 1 zum Ausdruck gebracht: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend". Auch darin, daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann (§ 768 Abs. 1 Satz 1), ist Akzessorietät zu erblicken.

Nichts von alledem findet sich bei der kumulativen Schuldübernahme. Diese ist zwar in ihrer Entstehung

---

[1]) Reichel a. a. O. S. 47; vgl. Westerkamp a. a. O. S. 54.

[2]) Westerkamp a. a. O. S. 82.

von der Urschuld abhängig;[3]) ist die Schuld des kumulativen Schuldübernehmers aber einmal zur Entstehung gelangt, dann geht sie völlig ihre eigenen Wege. Ein Verschulden des Erstschuldners berührt den Schuldinhalt des kumulativen Schuldübernehmers nicht. Wird dem Urschuldner die Leistung schuldhafterweise unmöglich, so teilt die Schuld des kumulativen Schuldübernehmers nicht das gleiche Schicksal; der kumulative Schuldübernehmer bleibt zur urspünglichen Leistung verpflichtet.

§ 5.

Subsidiarität der Bürgschaft.

Ein weiterer Unterschied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme ist die subsidiäre Haftung des Bürgen.

Bei der Bürgschaft ist der Gläubiger nicht berechtigt, den Bürgen zuerst zwecks Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Tut er dies aber, so steht der Durchführung seines Anspruchs gegen den Bürgen die Einrede der Vorausklage entgegen (§ 771), wenn wir von den Fällen des § 773 Abs. 1 BGB. und des § 349 (verbunden mit § 351) HGB. absehen. Der Gläubiger ist gezwungen, sich zuerst an den Hauptschuldner zu halten, event. eine Zwangsvollstreckung gegen ihn zu versuchen. Ein weiteres Beispiel für die subsidiäre Natur der Bürgschaft bietet § 770 Abs. 2. Falls nämlich der Gläubiger sich durch

[3]) vgl. Staudinger a. a. O. S. 457.

Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann, ist er gezwungen, aufzurechnen. Tut er dies nicht, so kann der Bürge die Befriedigung verweigern. Dies gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen, dessen Haftung durchaus nicht eine primäre ist. Den Grundsatz der Subsidiarität bringt auch § 775 zum Ausdruck, der auch auf den selbstschuldnerischen Bürgen Anwendung findet. In den Fällen nämlich, in denen die subsidiäre Haftung des Bürgen zu einer primären zu werden droht (vgl. Ziff. 1—4 des § 775 Abs. 1), wird dem Bürgen ein Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner gegeben.

Im Gegensatz dazu steht auch hier die kumulative Schuldübernahme. Hier hat der Gläubiger das Recht, sich sofort an den kumulativen Schuldübernehmer zu halten, nicht braucht er erst beim Erstschuldner Befriedigung nachzusuchen. Nicht wird er in seiner Wahl, wen von seinen Schuldnern er zuerst belangen will, durch ein etwaiges Aufrechnungsrecht beschränkt. Nicht kommt dem kumulativen Schuldübernehmer der § 775 zugute.

§ 6.

Die Bürgschaft ein Schuldverhältnis.

Wir haben uns nunmehr die Frage vorzulegen, ob man den Bürgen — für den kumulativen Schuldübernehmer bestehen keine Bedenken — als „Schuldner" im Sinne der §§ 241 ff. BGB. ansehen kann. Bevor wir

jedoch auf diese Frage näher eingehen können, müssen wir auseinandersetzen, was man unter „Schuldner“ im Gegensatz zu „Haftender“ zu verstehen hat und ob eine solche Scheidung dem heutigen Rechte noch bekannt ist.

Wenn heute jemand einem andern ein Darlehen von 1000 Mk. gibt, so halten wir es für ganz selbstverständlich, daß der Gläubiger, falls der Schuldner das Darlehen nicht freiwillig zurückzahlt, von ihm die geliehene Summe durch Zwangsmaßnahmen beitreiben kann. Das ist heutzutage mit einigen wenigen Ausnahmen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Wer heute etwas schuldet, hat in der Regel ohne weiteres für die Erfüllung dieser Schuld auch persönlich zu haften.

Wenn wir bei dem obigen Beispiel der Darlehensschuld bleiben, so versteht man unter „Schuld“ das Leistensollen der 1000 Mk. durch den Schuldner einerseits, das Bekommensollen des Gläubigers andererseits. Jener soll dem Gläubiger die 1000 Mk. zurückerstatten, dieser soll sie bekommen. Daß das Bekommensollen des Gläubigers aus dem Leistensollen des Schuldners nicht mit zwingender Notwendigkeit folgt, vielmehr das Bekommensollen als zum Begriffe der „Schuld“ gehörig noch besonders hervorzuheben ist, lehrt ein Blick auf § 295 BGB. Der Gläubiger braucht noch keineswegs die Leistung bekommen zu haben, wenn auch der Schuldner das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan, also das Leistensollen bewirkt hat. Wie § 295 zeigt, kann oftmals zur Bewirkung der Leistung auch eine Handlung des Gläubigers

erforderlich sein. Setzen wir nun den Fall, der Schuldner kommt seiner Verpflichtung zur Zahlung der Darlehensschuld nicht freiwillig nach! Kann der Gläubiger auf Grund des eben dargelegten Begriffes der „Schuld" gewaltsam gegen den Darlehensnehmer vorgehen? Diese Frage ist zu verneinen. Dem Gläubiger steht ein solches Recht aus dem bloßen „Schuld"begriff nicht zu. Die Erfüllung der Schuld erzwingen kann der Gläubiger nur, wenn der Schuldner für die Schuld auch „haftet". Das Moment der Erzwingbarkeit liegt erst in der „Haftung". Erst das Vorhandensein der „Haftung" gibt dem Gläubiger die Grundlage für eine etwaige Klage und Zwangsvollstreckung.[1])

Es fragt sich nun, ob die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung, die dem germanischen Rechte zugrunde lag, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch gilt. Man hat behauptet, daß dem heutigen Rechte ein solcher Unterschied in dem eben ausgeführten Sinne nicht bekannt ist. Diese Meinung wird vor allem von Siber in seiner Abhandlung „Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht" (Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 86 f.) vertreten.[2]) Siber will in den Begriff der „Schuld" das Moment der Klag- und Erzwingbarkeit

[1]) So Freiherr v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht S. 8; Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 57 S. 290 f.; Kuhlenbeck a. a. O. S. 481; Riezler in v. Staudingers Komm. 1907 Bd. 1 S. 585.

[2]) Nach Reichel a. a. O. S. 71 ist „der subtile Unterschied von Schuld und Haftung" dem BGB. unbekannt.

mit aufgenommen wissen. „Haftung“ ist nach ihm lediglich die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung der ursprünglichen Schuld. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Haftung“ oftmals in diesem Sinne verwendet, ist Siber allerdings zuzugeben; es ist aber zu bestreiten, daß „Haftung“ im Bürgerlichen Gesetzbuch als terminus technicus gebraucht ist. Wenn auch das heutige Recht den Ausdruck „Haftung“ oft in einem anderen als in dem oben von mir dargelegten Sinne gebraucht, so ist doch damit noch keineswegs bewiesen, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Scheidung von Schuld und Haftung auch der Sache nach nicht bekannt ist.[3])

§ 241 BGB. besagt, daß kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. In dieser Bestimmung ist zum Ausdruck gebracht, daß der Gläubiger die Leistung vom Schuldner gewaltsam beitreiben kann. Schuldverhältnis im Sinne dieser Vorschrift nimmt demnach das Moment der „Haftung“ in sich auf. Damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß Schuld und Haftung stets miteinander verschmolzen sind. Daß Schuld und Haftung begrifflich getrennt zu behandeln sind, zeigt sich z. B. deutlich in den Fällen, in denen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, so bei Spiel

---

[3]) So auch Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 53; Kuhlenbeck a. a. O. S. 481; Riezler a. a. O. S. 635; Isay in Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 202; Strohal a. a. O. S. 290; Schwerin a. a. O. S. 12.

und Wette. Daß hier keine „Haftung", wohl aber eine „Schuld" besteht, dürfte nicht angezweifelt werden. Bestände hier keine „Schuld" — nach Siber muß dies der Fall sein, da nach ihm die „Schuld" erzwingbar ist, Spiel oder Wette es aber nicht ist —, dann könnte man, falls der Schuldner die Spielschulden bezahlt, mit Recht fragen, worauf zahlt denn der Spielschuldner, es ist doch gar keine Schuld vorhanden. Folgerichtig müßte dann das Spiel, falls die Spielschuld bezahlt wird, „Schenkung" sein; denn wenn ich jemanden nichts schulde und ich gebe ihm etwas, so ist dies „Schenkung", auf welche die §§ 516 ff. Anwendung finden. Würde man nach der Auffassung Sibers dem Schuldbegriff das Moment der Klag- und Erzwingbarkeit beilegen, dann wäre ferner die Ausdrucksweise „beschränkte Erbenhaftung", welche auch das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet, ganz unzutreffend. „Haftung" in diesem Zusammenhange bedeutet unstreitig, daß die Erben mit dem Vermögen des Erblassers für dessen Schulden einzutreten haben; tun sie dies nicht, dann kann gewaltsam gegen sie vorgegangen werden. Unmöglich kann man hierbei unter „Haftung" eine Verpflichtung zum Schadensersatz verstehen. Siber läßt uns hier im Stich. Hieraus dürfte sich wohl ergeben haben, daß auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zwischen „Schuld" und „Haftung" in unserem Sinne unterschieden werden kann.

Nachdem wir dies einleitend haben vorausschicken müssen, kommen wir nun zu der eigentlichen Frage dieses

Paragraphen. Ist der Bürge im heutigen Rechte, so haben wir uns zu fragen, auch als „Schuldner“ anzusehen oder aber ist er nur ein persönlich Haftender?

In dem Aufsatz „Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht“ hat Isay auf S. 194 die Behauptung aufgestellt, daß der Bürge nur „haftet“ und nicht „schuldet“. Er begründet diese Auffassung damit, daß der Bürge, falls er vom Gläubiger belangt wird, stets nur Schadensersatz zu leisten, nie aber die Leistung des Hauptschuldners zu erbringen habe, selbst wenn ihm dies möglich wäre. Anderer Ansicht ist die herrschende Lehre.[4]) Und das mit Recht. Das Gesetz selbst bringt verschiedentlich unzweideutig zum Ausdruck, daß der Bürge nicht bloß haftet, sondern auch schuldet. § 765 Abs. 2 sagt: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge ..., für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen“. Auch § 767 Abs. 1 Satz 1 spricht von einer Verpflichtung des Bürgen. Aus dem Worte „Verpflichtung“ ist zu folgern, daß das Gesetz den Bürgen als „Schuldner“ aufgefaßt wissen will. „Verpflichten“ ist gleichbedeutend mit „versprechen, etwas zu leisten“; wer dies tut, ist eben Schuldner. In § 773 Abs. 1 bezeichnet das Gesetz den Bürgen, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, als selbstschuldnerischen Bürgen. Einen weiteren Beweis für obige Behauptung liefert auch § 775 Abs. 4. Es ist hier davon die Rede, daß der

---

[4]) So Strohal a. a. O. S. 290; Reichel a. a. O. S. 68; v. Schwerin a. a. O. S. 31; Siber a. a. O. S. 108.

Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung verwirkt hat, nämlich auf Erfüllung der „Schuld“ des Bürgen. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß man für eine Bürgschaft Nachbürgschaft übernehmen kann. Bürgschaft und mit demselben Rechte auch die Nachbürgschaft setzen aber stets eine Schuld voraus. Wäre die Bürgschaft lediglich ein Haftungs- und nicht auch ein Schuldverhältnis, dann wäre eine Nachbürgschaft undenkbar. Dasselbe gilt auch bei der Pfandbestellung für eine Bürgschaft. Hiernach dürfte es wohl keinem Zweifel mehr unterliegen, daß der Bürge auch „Schuldner“ ist. Es ist jedoch zu beachten, daß er nicht Schuldner der Hauptschuld, sondern seiner eigenen Schuld ist.

Daß der kumulative Schuldübernehmer „Schuldner“ und zugleich auch persönlich „Haftender“ ist, ist in der Literatur nicht streitig.

§ 7.

Die kumulative Schuldübernahme ein Gesamtschuldverhältnis.

Es entsteht jetzt für uns die Frage, ob die Bürgschaft bezw. die kumulative Schuldübernahme ein Gesamtschuldverhältnis begründet.

Mehrere Schuldner stehen zueinander in einem Gesamtschuldverhältnis im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 421), wenn sie eine Leistung in der Weise

schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Ob diese Begriffsbestimmung auf die Bürgschaft zutrifft, erscheint doch sehr zweifelhaft. Schuldet denn, so fragen wir uns, der Bürge dieselbe Leistung wie der Hauptschuldner? Wie wir oben sahen, besteht des Bürgen Verpflichtung in dem Einstehen dafür, daß ein Dritter, das ist der Hauptschuldner, seine Verbindlichkeit erfüllt, nicht aber darin, daß er selbst leistet. Letzteres ist ja bei der Bürgschaft undenkbar schon im Hinblick darauf, daß man sich auch für höchstpersönliches Tun des Hauptschuldners verbürgen kann, in welchem Falle man stets auf Schadensersatz haftet.[1]) Gegen die Annahme einer Gesamtschuld spricht aber auch schon der Umstand, daß nach der Zweckbestimmung der Bürgschaft der Bürge nur ein „Sicherer“ [2]) ist für des Gläubigers Forderung, nicht aber ein Schuldner im Sinne des § 421. Die Vorschriften über die Gesamtschuld (§§ 421—426) können daher auf die Bürgschaft keine Anwendung finden. Ganz unbestritten ist allerdings die Frage, ob die Bürgschaft ein Gesamtschuldverhältnis begründet, in der Literatur nicht.[3]) Die weitaus herrschende Meinung aber verneint dies, und das mit Recht. Als Verfechter dieser

---

[1]) Reichel a. a. O. S. 75.

[2]) Kohler a. a. O. S. 415.

[3]) And. A. sind z. B. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1899 Bd. 2 S. 1087; Liebe, Bürgerl. R. nach dem Deutschen BGB. 1904 Bd. 1 S. 320; Seyfferth a. a. O. S. 17 u. 34 f.

Lehre seien erwähnt das Reichsgericht (Urteil v. 7. 2. 1903 Bd. 53 S. 404 und Urteil v. 31. 1. 1907 Bd. 65 S. 139), ferner Oertmann (a. a. O. S. 943), Staudinger (a. a. O. S. 457), Kohler (a. a. O. S. 415), Reichel (S. 75), Westerkamp (S. 252 f.), Salinger (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 28 S. 83).

Bei der kumulativen Schuldübernahme dagegen dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß Erstschuldner und kumulativer Schuldübernehmer Gesamtschuldner sind.[4]) Die Voraussetzungen des § 421 sind hier gegeben. Der kumulative Schuldübernehmer ist Schuldner des Gläubigers; er schuldet ferner auch genau dieselbe Leistung wie der Erstschuldner; ist es doch gerade das Wesen jenes Vertrages, daß man durch dieselbe die aus dem Urvertrage herrührende Verbindlichkeit — als eigene — zu erfüllen verpflichtet wird. Die kumulative Schuldübernahme untersteht somit den Bestimmungen über die Gesamtschuld (§§ 421—426). Sie ist als eine Unterart dieser anzusehen.

---

[4]) vgl. Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. 1903 Bd. 1 S. 884 Anm. 3; Oertmann a. a. O. S. 934; Staudinger a. a. O. S. 457; Dernburg a. a. O. S. 402; Martinius a. a. O. S. 183.

Zweites Kapitel.

Die Form beider Rechtsinstitute.

§ 8.

Form der Bürgschaft.

Wir wenden uns nunmehr der Frage zu, welcher Form beide Rechtsinstitute bedürfen, um rechtsgültig zu sein.

Für die Bürgschaft schreibt § 766 Satz 1 BGB. auf seiten des Bürgen Schriftform vor. Der Bürge muß die Erklärung, daß er Bürgschaft übernehmen will, in Schriftform erteilen. Die Annahme seitens des Gläubigers ist diesem Formzwange jedoch nicht unterworfen.

Hat der Bürge die Bürgschaftserklärung nicht schriftlich erteilt, so wird nicht ohne weiteres die Bürgschaftsübernahme ungültig. Der Mangel der Form wird nach § 766 Satz 2 geheilt, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. Besteht also z. B. die Hauptschuld in einer Geldforderung und befriedigt der Bürge den Gläubiger, so kann das Geleistete wegen Formmangels nicht zurückgefordert werden. Hat der Bürge nur einen Teil der Hauptschuld erfüllt, so ist hinsichtlich dieses Teiles Rückforderung ausgeschlossen; hinsichtlich des anderen

Teiles kann der Gläubiger Befriedigung vom Bürgen nicht verlangen.

Ist der Bürge ein Vollkaufmann und ist auf seiner Seite die Bürgschaft ein Handelsgeschäft, so genügt auch schon mündliche Erteilung der Bürgschaftserklärung (§ 350 in Verb. mit § 351 HGB.).

§ 9.

Form der kumulativen Schuldübernahme.

Äußerst bestritten ist die Formfrage bei der kumulativen Schuldübernahme.

Wenn in der Literatur betreffs der Formfrage schlechthin von kumulativer Schuldübernahme gesprochen wird, so meint man damit stets nur den Antrag dieses Vertrages, d. h. die Erklärung des kumulativen Schuldübernehmers; darüber, daß die Annahme der kumulativen Schuldübernahme formlos geschehen kann, herrscht Einstimmigkeit.

Betreffs der Frage, ob man für die Erklärung des kumulativen Schuldübernehmers eine Form fordern müsse, sind nun die mannigfachsten Ansichten vertreten.

Wie wir eingangs erwähnten, gibt es Schriftsteller, welche Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme identifizieren. Da nun diese die kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft behandeln, so ergibt sich als notwendige Folge, daß sie für sie Schriftform verlangen müssen. So Bendix a. a. O. S. 330; v. Tuhr a. a. O.

S. 349. Zu ihnen ist auch Witte a. a. O. S. 71 zu zählen.

Der Ansicht dieser Autoren ist nicht beizutreten. Die kumulative Schuldübernahme ist streng von der Bürgschaft zu scheiden. Sie kann nie mit der Bürgschaft identifiziert werden. Man würde sonst ihr Wesen verkennen.

In der Entscheidung v. 20. 3. 1902 (Bd. 51 S. 120 ff.) hat das Reichsgericht zu der Formfrage der kumulativen Schuldübernahme Stellung genommen. Der höchste Gerichtshof hat sich in diesem Urteile für die Schriftform erklärt.[1]) Er hat für diese Ansicht folgende Gründe ins Feld geführt: „Wenn sich auch begrifflich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft unterscheide — was schon seine Bedenken habe —, so habe sie jedenfalls ihrer materiellen Wirkung nach die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Infolgedessen träfen die legislativen Erwägungen, auf Grund deren man die Schriftform für die Bürgschaft eingeführt habe, auch für die kumulative Schuldübernahme völlig zu. Wollte man diese auch bei bloß mündlichem Abschluß als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung der Vorschrift des § 766 die leichteste Sache von der Welt". Zu der Gefolgschaft des Reichsgerichts zählt das Oberlandesgericht Rostock.[2]) In der Entscheidung v. 4. 12. 1902 führt dieses

---

[1]) Und zwar will er § 766 analog auf die kumulative Schuldübernahme angewandt wissen.

[2]) vgl. Mugdan u. Falkmann, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 449.

für seine Ansicht dieselben Gründe an. Mit ähnlicher Begründung verlangt auch Planck[3]) für die kumulative Schuldübernahme auf seiten des kumulativen Schuldübernehmers die Schriftform. Auch nach Leonhard (Die Gesamtschuldner im österr. BGB. S. 875 f.) ist die kumulative Schuldübernahme eine verschärfte selbstschuldnerische Bürgschaft, da sie lediglich Bürgschaftszwecke verfolge. Wir haben auf die einzelnen Gründe des Reichsgerichts nun näher einzugehen. Was zunächst die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute anlangt, so ist diese mit der weitaus herrschenden Lehre[4]) durchaus zu verneinen. Daß im Wesen Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme keine Ähnlichkeit miteinander aufweisen, ist bereits oben ausführlich dargelegt worden. Hinsichtlich der materiellen Wirkung wird der Unterschied im weiteren Verlauf der Arbeit gezeigt werden. Hier sei zur Widerlegung dieses vom Reichsgericht angeführten Grundes nur einiges wenige angeführt. Auf Grund der Akzessorietät der Bürgschaft hat der Bürge auch für Verschulden und Verzug des Hauptschuldners einzustehen. Diese Haftung fällt weg beim kumulativen Schuldübernehmer. Der Bürge haftet prinzipiell nur subsidiär, nicht aber der kumulative Schuld-

---

[3]) Planck a. a. O. S. 293.

[4]) vgl. Neuburger, Jahrb. der württemb. Rechtspfl. Bd. 40 1903 S. 382 f.; OLG. Köln v. 19. 2. 1904 im Recht 1904 S. 222 Nr. 1032; Staudinger a. a. O. S. 458; Martinius a. a. O. S. 184 f.; Westerkamp a. a. O. S. 539; Brattig a. a. O. S. 33 f.; Reichel a. a. O. S. 208.

übernehmer. Der Bürge kann auch die nach der Bürgschaftsübernahme dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen; dieses Recht hat der kumulative Schuldübernehmer nicht. So zeigen sich — selbst schon bei oberflächlicher Betrachtung — sehr wesentliche Unterschiede in den Rechtsfolgen. Die Ansicht, die kumulative Schuldübernahme habe die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft, ist damit widerlegt. Als unhaltbar erweist sich auch damit die Entscheidung des OLG. München v. 30. 3. 1904, welches sich in diesem Punkte dem Reichsgericht angeschlossen hat und welches aus diesem Grunde die Schriftform verlangt hat.[5]) Es ist dem Reichsgericht allerdings zuzugeben, daß eine gewisse Ähnlichkeit zwischen den beiden Rechtsinstituten nicht zu verkennen ist. Sowohl die Bürgschaft als auch die kumulative Schuldübernahme dienen der Sicherung eines anderweit entstandenen Anspruchs. Dies etwa bei der kumulativen Schuldübernahme in Frage stellen zu wollen, dürfte mit Recht zurückgewiesen werden. Aus welchem wirtschaftlichen Beweggrunde man auch immer eine fremde Schuld kumulativ übernimmt, stets wird durch das Hinzutreten eines zweiten Schuldners die Forderung des Gläubigers gesichert. Solange der Urschuldner nicht befreit ist — und dies kann bei der kumulativen Schuldübernahme nie eintreten —, der Gläubiger also zwei Schuldner hat, ist dem Gläubiger naturgemäß

---

[5]) vgl. Mugdan u. Falkmann, Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 284.

weit größere Gewähr dafür geboten, daß er seine Forderung eintreiben kann, als wenn er sich nur an einen Schuldner halten kann. M. E. muß man aber doch andererseits in Erwägung ziehen, daß man auf verschiedene Weise Sicherheit für eine Forderung leisten kann. Der einfachste Fall ist, daß man die Schuld eines andern mit übernimmt, gleichsam als wäre man die Urschuld selbst eingegangen, sogen. kumulative Schuldübernahme. Eine andere Möglichkeit bietet die Bürgschaft. Wenn auch vom wirtschaftlichen Standpunkte aus eine Ähnlichkeit zwischen beiden Rechtsgebilden nicht zu leugnen ist, so sind doch rechtlich beide verschieden zu behandeln.

Wir wenden uns nun der zweiten der reichsgerichtlichen Behauptungen zu, daß nämlich „die legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift des § 766 BGB. geführt haben, auch für die kumulative Schuldübernahme völlig zuträfen". Wenn man für die Bürgschaft Schriftform verlangt hat, so geschah dies, wie die Entstehungsgeschichte des § 766 lehrt, aus rein rechtspolitischem Grunde. Die Formvorschrift ist nur eine Schutzvorschrift zugunsten des Bürgen. Dadurch daß man die Gültigkeit der Bürgschaft von einer bestimmten Form abhängig macht, will man dem Bürgen die Bedeutung seiner Handlung vor Augen führen. Der Bürge soll dadurch von leichtsinnigen, übereilten Bürgschaftsverträgen abgehalten werden; denn die Gefahr, welcher man sich durch Übernahme einer Bürgschaft aussetzt, ist außerordentlich groß. Die weitaus

meisten Menschen aber haben hiervon keine rechte Vorstellung. Viele glauben, Bürgschaft „sei lediglich eine Formsache";[6]) es sei nur eine Gefälligkeit, welche man durch Übernahme der Bürgschaft dem Schuldner bezw. Gläubiger erweise und welche ja weiter keine Folgen für einen nach sich ziehe; der Schuldner werde andererseits auch schon rechtzeitig seiner Verpflichtung nachkommen. Solchen und ähnlichen trügerischen Hoffnungen gibt sich der Bürge oftmals hin. Anders verhält es sich bei der kumulativen Schuldübernahme. Hier ist eine Mahnung zur Vorsicht nicht geboten. Die Bedenken, welche für die Bürgschaft gelten, sind hier nicht begründet. Dadurch daß der kumulative Schuldübernehmer verspricht, die Verpflichtung des Erstschuldners zu erfüllen, spricht er unzweideutig aus, daß er Schuldner ist und daher primär haften will. Was dies zu bedeuten hat, ist sich ein jeder klar. Das darf man wohl kühnlich behaupten. Zum mindesten herrscht darüber im Verkehrsleben eine weit klarere Vorstellung als über die Worte „Bürge sein, Bürgschaft leisten" usw.,[7]) [8]) so daß man dieserhalb nicht erst zur Einführung der Schriftform für die kumulative Schuldübernahme zu greifen braucht, um den kumulativen

---

[6]) Brattig a. a. O. S. 34.

[7]) Westerkamp a. a. O. S. 541.

[8]) vgl. dazu Silbermann in Seufferts Bl. f. RA. Bd. 68 S. 367 f.; OLG. Köln v. 19. 2. 1904 im Recht 1904 S. 222; Enneccerus S. 224; Martinius S. 186; Westerkamp Bd. 3 S. 540 f.; Brattig S. 34 f.; Reichel S. 209 f.

Schuldübernehmer vor unüberlegten Schritten zu bewahren. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die ratio der Formvorschrift bei der Bürgschaft nicht für die kumulative Schuldübernahme zutrifft, und daß daher die Schriftform aus diesem Grunde, wie es das Reichsgericht will, für die kumulative Schuldübernahme nicht verlangt werden kann. Damit ist auch zugleich die Ansicht Kohlers widerlegt, der wegen Gleichheit der ratio die Schriftform des § 765 analog auf die kumulative Schuldübernahme angewandt wissen will.[9]) Gesetzt aber auch, es träfe die ratio des § 766 auch auf die kumulative Schuldübernahme zu, so ist man trotz alledem noch nicht berechtigt, die Formvorschrift analog auf die kumulative Schuldübernahme anzuwenden. Nach dem das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatze der Formfreiheit der Verträge ist es unzulässig, Formvorschriften im Wege der Analogie auf andere Rechtsgeschäfte anzuwenden. Es kann daher nur Staub (DJZ. 1903 S. 19) beigepflichtet werden, wenn er sagt: „Jede Formvorschrift ist eine Ausnahmevorschrift, die nach alten bewährten Grundsätzen der analogen Ausdehnung nicht fähig ist. Selbst wenn ein Rechtsgeschäft ‚die größte Ähnlichkeit' mit einem andern hat, für welches eine Form vorgeschrieben ist, so rechtfertigt das nicht die Ausdehnung der Formvorschrift auf jenes Geschäft. Denn immerhin ist es doch verschieden von

---

[9]) Kohler a. a. O. S. 151 u. 424.

dem Geschäft, welches nach dem Gesetze an die Form geknüpft ist".[10])

Wir haben uns nunmehr dem letzten der Argumente des Reichsgerichts zuzuwenden: „Wollte man die kumulative Schuldübernahme auch bei bloß mündlichem Abschluß als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung der Vorschrift des § 766 die leichteste Sache von der Welt". Schon vor dem Reichsgericht hat sich ähnlich Hellwig geäußert. Während er im allgemeinen die kumulative Schuldübernahme bei bloßem mündlichen Vertragsschluß als bindend anerkennt, verlangt er für sie Schriftform dann, wenn die Parteien kumulative Schuldübernahme wählten nur zwecks Umgehung der Bürgschaftsform.[11]) Auch das Oberlandesgericht Frankfurt, das zwar entgegen der Ansicht des Reichsgerichts für Formfreiheit eintritt, stimmt dem höchsten Gerichtshofe in der Behauptung bei, daß durch die Formlosigkeit der kumulativen Schuldübernahme die Formvorschrift des § 766 leicht umgangen werden könne.[12]) Dieser Ansicht kann ich nicht beitreten. Von einer Umgehung des § 766 kann nicht die Rede sein. Wie Reichel richtig bemerkt, kann man nur ein

---

[10]) So auch die herrschende Lehre: OLG. Frankfurt v. 9. 2. 1903 im Recht 1903 S. 287; Silbermann a. a. O. S. 366; OLG. Köln v. 4. 10. 1902 (Mugdan u. Falkmann a. a. O. Bd. 8 S. 84); Staudinger a. a. O. S. 458; Dernburg a. a. O. Bd. 2 Teil 1 S. 401 Anm. 4; Kleinecke a. a. O. S. 18f.; Westerkamp a. a. O. S. 542.

[11]) Hellwig a. a. O. S. 177 Anm. 348.

[12]) OLG. Frankfurt (Entsch. v. 9. 2. 1903) im Recht 1903 S. 287.

„Verbotsgesetz“ umgehen.[13]) Ein solches ist aber nicht die Formvorschrift des § 766. Daß man für die Bürgschaft eine Form vorschrieb, geschah nur zu dem Zwecke, den Bürgen auf die Gefahr, der er sich durch eine Bürgschaft aussetzt, aufmerksam zu machen. Man wollte vermeiden, daß er leichtsinnig eine Bürgschaft einging, was bei bloßer Mündlichkeit leicht der Fall gewesen wäre. Verbotsgesetze aber verfolgen weit andere Zwecke. Daß dem Gesetzgeber nichts an der Formvorschrift an und für sich gelegen ist, beweist auch schon der Umstand, daß bei Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen der Formmangel geheilt wird. Wenn die Parteien wirklich die Absicht haben sollten, den § 766 Satz 1 zu „umgehen“, so bietet ihnen doch § 766 Satz 2 dazu die beste Handhabe. Es ist aber auch nicht recht einzusehen, wie das Reichsgericht in diesem Falle von einer Umgehung des Gesetzes reden kann, während es in einem ähnlichen Falle eine solche nicht angenommen hat. In der Entscheidung v. 8. 11. 1904 (Bd. 59 S. 148) hat das Reichsgericht Verpfändung beweglicher Sachen im Wege des constitutum possessorium für zulässig erklärt, obwohl das Gesetz eine solche nicht kennt, und ausdrücklich erklärt, daß dadurch das Gesetz nicht umgangen werde. Nur dann sei dies der Fall, wenn „nach dem Willen des Gesetzes jede andere Form pfandrechtlicher Sicherung habe ausgeschlossen sein sollen. Nur bei dieser Auslegung des Gesetzes würde man sagen können, daß die Sicherungsübereignung eine

---

[13]) Reichel a. a. O. S. 215.

Umgehung desselben darstelle ... Sie ist aber weder nach dem Wortlaute noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geboten". Diesen Worten des Reichsgerichts kann man sich nur anschließen. Daraus ergibt sich aber auch als notwendige Folge, daß von einer Umgehung auch im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden kann. Oft werden auch die Parteien, selbst wenn sie zwecks Verbürgung die kumulative Schuldübernahme wählen, gar nicht die Absicht haben, die Bürgschaftsform umgehen zu wollen. Bringt ihnen denn die Umgehung der Formvorschrift des § 766 irgendwelchen Vorteil?[14]) Aber selbst wenn die Parteien in der Absicht, der Bürgschaftsform aus dem Wege zu gehen, kumulative Schuldübernahme vereinbaren, so muß ihnen „bei der rechtlichen Gleichwertigkeit beider Rechtsinstitute die Wahl zwischen beiden freistehen".[15]) Der Ansicht des höchsten Gerichtshofes ist auch noch aus einem weiteren Grunde entgegenzutreten. Wenn das Reichsgericht wegen der Gefahr einer Umgehung Schriftform verlangt, so ist darin ein Eingriff in die Rechte des Gesetzgebers zu erblicken. Es greift dadurch dem Gesetzgeber vor, dessen Sache es doch ist, einem etwaigen Übelstande abzuhelfen. Ein solches Recht, wie es in Rom zur Zeit der Republik den Prätoren zustand, kann dem Reichsgericht nicht eingeräumt werden.[16])

---

[14]) Reichel a. a. O. S. 220.

[15]) OLG. Köln im Recht 1904 S. 222.

[16]) vgl. Staub in DJZ. 1903 S. 19; OLG. Frankfurt im Recht 1903 S. 287; Brattig a. a. O. S. 36.

Es dürfte sich daher wohl aus dem Gesagten ergeben, daß die Ansicht, welche das Reichsgericht in der oben erwähnten Entscheidung betreffs der Formfrage vertritt, unhaltbar und ihre Begründung sehr bedenklich ist. In den Erkenntnissen v. 14. 11. 1904 (Bd. 59 S. 233), v. 23. 11. 1906 (Bd. 64 S. 319), v. 9. 1. 1909 (Recht 1909 Nr. 670) hat das Reichsgericht denn auch bald diese Ansicht wenn auch nicht ganz, so doch zu einem Teile aufgegeben. In den erwähnten Entscheidungen erkennt es in Ausnahmefällen eine Formlosigkeit an. Wie aus den Entscheidungen (Bd. 59 S. 233, Bd. 64 S. 319) erhellt, will das Reichsgericht nunmehr zwischen kumulativer Schuldübernahme mit Bürgschaftscharakter und kumulativer Schuldübernahme mit Eigeninteresse unterscheiden. Für diese gestattet es Formlosigkeit, für jene fordert es „entsprechende Anwendung des § 766“.[17] Der Auffassung, welche der höchste Gerichtshof über die „kumulative Schuldübernahme mit Bürgschaftscharakter“ hat, kann ich nicht beipflichten. Daß eine analoge Ausdehnung der Bürgschaftsform auf die kumulative Schuldübernahme unstatthaft ist, ist bereits oben dargelegt worden. Recht bedenklich ist, was das Reichsgericht unter „kumulativer Schuldübernahme mit Bürgschaftscharakter“ versteht. Nach seiner Ansicht hat nämlich eine solche Verbürgung zum Inhalt, d. h. „das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuld-

---

[17]) Ebenso auch Zürndorfer, Diss. (Heidelberg) S. 44 ff.

ners".[18]) Das gibt doch zu Bedenken berechtigten Anlaß. Wie wir oben sahen, ist der Inhalt der kumulativen Schuldübernahme stets nur das Erfüllen einer fremden Verbindlichkeit als eigene, nie aber das Einstehen für die Erfüllung derselben.[19]) Dies ist auch dann der Fall, wenn ihr wirtschaftlicher Zweck Sicherung einer Forderung ist. Ich vermag nicht einzusehen, warum man eine kumulative Schuldübernahme, die zwecks Sicherung einer Forderung vereinbart ist, nach den Vorschriften über Bürgschaft behandeln soll. Sie als Bürgschaft auffassen zu wollen „heißt ihren rechtlichen Charakter nach den wirtschaftlichen Folgen bestimmen".[19a]) Zu welchem Zwecke man auch immer eine Schuld kumulativ übernimmt, die Begriffsmerkmale bleiben doch stets dieselben; sonst ist es eben Bürgschaft, aber keine kumulative Schuldübernahme. Will man, daß der Dritte für die Erfüllung einer Verbindlichkeit einsteht, daß seine Verbindlichkeit fortdauernd von der des Urschuldners abhängig sein soll, so kann man dazu immer nur Bürgschaft wählen, nie kumulative Schuldübernahme. Meines Erachtens wird dadurch, daß man eine kumulative Schuldübernahme zum

---

[18]) RG. Bd. 64 S. 319.

[19]) Hiernach können höchstpersönliche Leistungen des Urschuldners kumulativ nicht übernommen werden; ferner hat der kumulative Schuldübernehmer, falls der Urschuldner schuldhafterweise seiner Verpflichtung nicht nachkommt, nicht wie der Bürge Schadensersatz zu leisten, sondern gleichwohl die Urschuld zu erfüllen.

[19a]) Salinger, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 28 S. 84.

Zwecke der Sicherung der Erfüllung einer Schuld eingeht, das Wesen dieses Rechtsinstituts nicht geändert.[20]) Der wirtschaftliche Zweck der Verbürgung bei der kumulativen Schuldübernahme ist schon damit völlig erfüllt, daß ein neuer Schuldner neben dem alten für die Schuld haftet. Darin daß er durch die kumulative Schuldübernahme einen zweiten Schuldner für dieselbe Forderung erhält, liegt die Sicherung. Höchst abwegig ist es, auf diese Art der kumulativen Schuldübernahme die Vorschriften der Bürgschaft anwenden zu wollen. Man würde nur dadurch die scharfe Grenze, welche zwischen beiden Rechtsinstituten zu ziehen ist, bedenklich verwischen. Die obige Auffassung des Reichsgerichts ist unhaltbar.

Glaubt man aber jener Unterscheidung bezüglich der kumulativen Schuldübernahme nicht entraten zu können, so folge man Salinger.[21])[22]) Salinger scheidet scharf die Bürgschaft von der kumulativen Schuldübernahme. Wegen der Verschiedenheit des wirtschaftlichen Zweckes aber will er zwischen „kumulativer Schuldübernahme bürgschaftshalber" und „kumulativer Schuldübernahme mit Eigeninteresse" einen Unterschied machen. Im Gegensatz zum Reichsgericht und zu Zürndorfer werden aber beide Arten nach den Vorschriften über Gesamtschuld behandelt. Nur innerhalb der Grenzen, in denen es den

[20]) vgl. auch Dernburg a. a. O. Bd. 2 Abt. 2 S. 388 III.

[21]) Salinger a. a. O. Bd. 28 S. 81—93.

[22]) Ihm hat sich angeschlossen Kuhlenbeck in v. Staudingers Komm. z. BGB. 1908 Bd. 2 Teil 1 S. 367.

Parteien erlaubt ist, die Vorschriften des § 421 abzuändern, will er die kumulative Schuldübernahme je nach ihrem wirtschaftlichen Zweck verschieden behandelt wissen.[23]) Für beide Arten aber entscheidet er sich im Gegensatz zum Reichsgericht für Formlosigkeit.[24]) So auch Kuhlenbeck.[25])

Nicht unerörtert ist in der Literatur die Frage geblieben, ob nicht in der Erklärung des kumulativen Schuldübernehmers vielleicht ein Schenkungsversprechen, und zwar zugunsten des Gläubigers zu erblicken sei und daher nach § 518 Abs. 1 Satz 1 gerichtliche oder notarielle Beurkundung derselben verlangt werden müsse. Diese Frage bejaht Hellbach, und zwar dann, wenn die Forderung des Urschuldners „unbeitreiblich" ist.[26]) Auch Westerkamp (S. 554) erachtet bei Zahlungsunfähigkeit des Urschuldners in der kumulativen Schuldübernahme eine Schenkung für gegeben; allerdings erblickt er im Gegensatz zu Hellbach darin bereits einen Vollzug der Schenkung, da nach seiner Ansicht die kumulalive Schuldübernahme ein dinglicher Vertrag sei. Der Ansicht dieser beiden Schriftsteller, die kumulative Schuldübernahme bei Zahlungsunfähigkeit unter § 516 Abs. 1 zu subsumieren, kann ich mich nicht anschließen. Eine Bereicherung auf

---

[23]) vgl. dazu die Ausführungen Salingers auf S. 83 f., 88, 99 f.

[24]) vgl. Salinger a. a. O. S. 84 u. 86.

[25]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 367.

[26]) Hellbach im Recht 1903 S. 335.

seiten des Gläubigers liegt nicht vor. Denn dieser erhält doch nur das, was er zu verlangen hat; bereichert wird aber nur der, welcher etwas erhält, worauf er keinen Anspruch hat. Durch die Unbeibringlichkeit einer Forderung wird deren Existenz nicht aufgehoben, so daß man sagen kann, er wird mit einer Forderung gegen die Person des Übernehmers beschenkt.[27]) Mit derselben Berechtigung müßte ja das Gesagte auch für die Bürgschaft gelten.[28]) Das ist denn doch wohl noch niemandes Ansicht gewesen. Es müßte aber auch ferner beim Abschluß der kumulativen Schuldübernahme die Unbeibringlichkeit der Forderung feststehen; die Parteien müßten die kumulative Schuldübernahme animo donandi geschlossen haben. Wenn nun aber der augenblicklich zahlungsunfähige Schuldner später zu Vermögen käme und den Gläubiger befriedigen könnte? Kann dann noch von Unbeibringlichkeit der Forderung und mithin von Schenkung die Rede sein? Wir sehen also, theoretisch wie praktisch läßt sich die Ansicht Hellbachs nicht halten. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung der kumulativen Schuldübernahmeerklärung kann aus diesem Grunde nicht gefordert werden.

David[29]) will eine Bereicherung des Gläubigers in der „Sicherheitsleistung für die bestehende Schuld" erblicken, und zwar dann, wenn der Urschuldner völlig

---

[27]) Martinius a. a. O. S. 188.

[28]) Reichel a. a. O. S. 199.

[29]) David im Recht 1903 S. 356.

zahlungsunfähig sei. Ob man in diesem Falle von einer Schenkung sprechen kann, scheint mir bedenklich. Wird denn durch die Sicherheitsleistung, d. h. durch das „bloße Versprechen einer Leistung“ [30]) das Vermögen des kumulativen Schuldübernehmers vermindert und das des Gläubigers vermehrt? [31]) Wie dem auch sein mag, für die Formfrage der kumulativen Schuldübernahme ist dies jedenfalls ohne Belang. Denn mit Abgabe der Schuldübernahmeerklärung ist die Sicherheit geleistet und damit auch bereits die Schenkung vollzogen. Auch David nimmt Schenkungsvollzug an, und zwar auf Grund der dinglichen Natur der kumulativen Schuldübernahme.

Wie ist es nun aber, wenn man für eine nichtige Schuld kumulative Schuldübernahme eingegangen ist? Das geht nicht; denn die kumulative Schuldübernahme setzt das Bestehen einer Schuld voraus. Es könnte dann nur eine „Schenkung“ vorliegen.[32])

Kann nicht vielleicht unter Umständen in der kumulativen Schuldübernahme eine Schenkung an den Urschuldner liegen? Voraussetzung ist natürlich, daß die kumulative Schuldübernahme zwischen Schuldner und dem Urschuldner abgeschlossen worden ist. Diese

---

[30]) vgl. die Widerlegung dieser Ansicht bei Reichel a. a. O. S. 170.

[31]) Diese Frage ist nicht ganz unbestritten. Wie im Texte Fischer-Henle § 516 Anm. 3; Martinius S. 189; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 144 Anm. 11. Anders RG. v. 16. 4. 1903 Bd. 54 S. 284; vgl. auch Planck S. 427.

[32]) vgl. Martinius a. a. O. S. 190; Reichel a. a. O. S. 171.

Frage wirft Brattig auf.[33]) Er bejaht sie und verlangt für die Schuldübernahmeerklärung gerichtliche oder notarielle Beurkundung, da sie ein Schenkungsversprechen darstelle. Diese Ansicht kann ich nicht teilen. Brattig macht sich nicht klar genug, worin die Schenkung des kumulativen Schuldübernehmers liegt. Doch nicht in der bloßen Schuldübernahme. Das kann ich mir nicht gut vorstellen. Was als Schenkung anzusehen ist — was offenbar auch Brattig meint —, ist der Verzicht des kumulativen Schuldübernehmers auf seinen etwaigen Regreßanspruch, nicht aber die Befriedigung des Gläubigers.[34]) Eine solche Vereinbarung, kraft deren der Schuldübernehmer auf seinen Erstattungsanspruch verzichtet, hat aber nichts mit der kumulativen Schuldübernahme als solcher zu tun.

Manche wollen die kumulative Schuldübernahme unter § 780 („Schuldversprechen") subsumieren und treten aus diesem Grunde für Schriftform ein. Zu ihnen gehört Birkenbihl.[35]) Er begründet seine Auffassung wie folgt: Da der Schuldübernehmer dem Gläubiger eine Leistung „ohne einen rechtlich erkennbaren Schuldgrund" verspreche, so werde durch die kumulative Schuldübernahme „die Verpflichtung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber selbständig begründet". Hiergegen sei nicht etwa einzuwenden, daß „die Schuldübernahme nur unter

[33]) Brattig a. a. O. S. 23.

[34]) Reichel a. a. O. S. 173.

[35]) vgl. Birkenbihl im Recht 1903 S. 286 f.

der Bedingung erfolge, daß die Schuld des früheren Schuldners bestehe". Wenn nun für Bürgschaft, Kreditauftrag, ja sogar für die privative Schuldübernahme als abstrakte Verträge nicht die Schriftform nach § 780 erforderlich sei, so habe dies darin seinen Grund, daß diese Verträge dem abstrakten Schuldversprechen des § 780 nicht untergeordnet, sondern koordiniert seien; ein selbständiges Schuldversprechen nach § 780 sei aber ein solches Rechtsgeschäft, das nicht schon in einem anderen Titel des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt sei. Diese Auffassung Birkenbihls von der kumulativen Schuldübernahme als einem abstrakten Schuldversprechen ist sehr bedenklich. Prüfen wir zunächst den ersten der aufgeführten Gründe! Ein Schuldversprechen nach § 780 liegt vor, wenn „eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll". Das gilt für die kumulative Schuldübernahme nicht. Zunächst fehlt in der Regel die zur Begründung eines Schuldversprechens erforderliche Absicht der Parteien, die Verpflichtung „selbständig", d. h. „von der ursprünglichen causa losgelöst", zu begründen.[36]) Es „will der kumulative Schuldübernehmer doch aber gerade eine Schuld, und zwar gerade die des alten Schuldners dem Gläubiger gegenüber übernehmen. Von dem Vorhandensein dieser Schuld macht der Übernehmer ja gerade seine Haftbarkeit abhängig".[37]) Der nach Ansicht Birkenbihls

[36]) vgl. Westerkamp a. a. O. S. 547.

[37]) Zürndorfer a. a. O. S. 24.

rechtlich nicht erkennbare Schuldgrund ist das „Bestehen einer fremden Verbindlichkeit".[38] Der kumulative Schuldübernehmer will so schulden, als wäre er die Verpflichtung des Urschuldners selbst eingegangen. Aus dieser Schuld will er nur haften.[39] Man höre Dernburg (Bd. 2 Abt. 1 S. 403 Anm. 4): „Der Übernehmer legt bei der kumulativen Schuldübernahme seiner Verpflichtung den ursprünglichen Schuldgrund zugrunde". In diesem Schuldgrunde etwa eine Bedingung erblicken zu wollen, wie es Birkenbihl will, ist nicht zu billigen. Eine Bedingung ist es wohl, aber „eine conditio juris, eine uneigentliche Bedingung, von der die Verpflichtung schon nach der Natur des Rechtsgeschäfts abhängig ist".[40]

Im Zusammenhange hiermit sei die eigenartige Auffassung, welche Josef von der causa der kumulativen Schuldübernahme hat, erörtert.[41] In der Entscheidung des Reichsgerichts v. 20. 3. 1902 (Bd. 51 S. 120ff.), welche Josef seiner Besprechung zugrunde legt, ist der Tatbestand folgender: Der Sohn des Beklagten war eines Tages, ohne der Klägerin erhaltene Waren zu bezahlen,

---

[38]) Silbermann a. a. O. S. 369.

[39]) So die herrschende Lehre: Enneccerus a. a. O. S. 224 Anm. 12; Oertmann a. a. O. S. 331 Ziff. 5; Neumann, Handausgabe des BGB. 1909 Bd. 1 S. 360; Silbermann a. a. O. S. 369; David im Recht 1903 S. 356; Rümelin im Arch. f. ziv. Prax. 1905 S. 240; Brattig a. a. O. S. 26.

[40]) Westerkamp a. a. O. S. 553.

[41]) vgl. seine Abhandlung in DJZ. 1903 S. 423.

spurlos verschwunden. Der Beklagte, der für seinen guten Ruf fürchtete, erklärte der Klägerin, er wünsche nicht, daß die Sache vor die Öffentlichkeit komme, und sei bereit, die Schulden seines Sohnes nach und nach zu bezahlen. Die Klägerin war damit einverstanden.

Josef sieht nun in der von der Klägerin übernommenen Verpflichtung, über die Handlungsweise des Sohnes Stillschweigen zu bewahren, den Zweck, die causa der kumulativen Schuldübernahme. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. M. E. ist dies nichts weiter als eine Resolutivbedingung,[42]) die mit der causa der kumulativen Schuldübernahme nicht das geringste gemein hat.

Aber noch ein weiterer Umstand spricht gegen Birkenbihls Auffassung von der kumulativen Schuldübernahme als einem abstrakten Schuldversprechen. Während im Prozeß beim Schuldversprechen der Kläger nur das Entstandensein dieses Vertrages, nicht aber das dem Versprechen zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu beweisen braucht, muß bei der kumulativen Schuldübernahme der Kläger beides beweisen, sowohl den Schuldübernahmevertrag als auch das Urschuldverhältnis.[43]) Wo ist da die Verselbständigung der kumulativen Schuldübernahme? Als dritten Grund für seine Ansicht führt Birkenbihl an: „Ein selbständiges Schuldversprechen nach § 780 sei ein solches Rechtsgeschäft, das nicht schon in einem andern

---

[42]) Zürndorfer a. a. O. S. 28.

[43]) Rümelin a. a. O. S. 240; Brattig a. a. O. S. 18.

Titel des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt sei". Diese Auffassung ist nicht zu billigen. Bei der Vielgestaltigkeit des heutigen Verkehrs hat das Bürgerliche Gesetzbuch natürlich nicht eine erschöpfende Darstellung aller nur irgendwie denkbarer Verträge geben können und auch wollen. Es hat vielmehr den Parteien es überlassen, Verträge in den vom Gesetz gezogenen Grenzen zu schließen und zu gestalten. Daß nun alle die nicht unter den besonderen Teil der Schuldverhältnisse fallenden Verträge den Bestimmungen des § 780 unterstellt werden sollen — man denke z. B. an den Trödelvertrag[44]) — ist doch sehr bedenklich.[45]) Die Ansicht Birkenbihls, kumulative Schuldübernahme falle unter § 780 und es sei deshalb Schriftform erforderlich, ist als völlig haltlos zu verwerfen.

Auch Hellbach verlangt für die kumulative Schuldübernahme die Schriftform; denn sie sei ein Schuldversprechen.[46]) Die Selbständigkeit des Schuldversprechens zeige sich darin, daß dieses „nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht werde, wie sie bei der Schuldübernahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches die Befreiung des bisherigen Schuldners bildet". M. E. macht sich Hellbach nicht klar genug, was unter „selbständig begründen" nach § 780 zu verstehen ist. Wie oben gezeigt

---

[44]) Reichel a. a. O. S. 179.

[45]) Josef a. a. O. S. 422; Westerkamp a. a. O. S. 552; Brattig a. a. O. S. 19; Zürndorfer a. a. O. S. 25; Reichel a. a. O. S. 178.

[46]) Hellbach a. a. O. S. 335.

worden ist, kann die kumulative Schuldübernahme nie ein Schuldversprechen darstellen.

Schließlich sei noch die Ansicht derjenigen erörtert, welche die kumulative Schuldübernahme nur dann als ein abstraktes Schuldversprechen behandeln wollen, wenn der Wille der Parteien dahin geht, „eine selbständige vom Verpflichtungsgrunde losgelöste Verpflichtung neu zu begründen".[47] [48]) Auch dieser Ansicht kann ich nicht beipflichten. Es liegt dann nach meinem Erachten nur ein Schuldversprechen im Sinne von § 780 vor. Von einer kumulativen Schuldübernahme kann aber nicht die Rede sein; eine solche Annahme stände in Widerspruch mit dem Wesen dieses Rechtsinstituts. Abstraktes Schuldversprechen und kumulative Schuldübernahme lassen sich nicht miteinander vereinigen. Kumulative Schuldübernahme als ein sogen. „Schuldbeziehungsgeschäft"[49]) ist stets kausal, nie abstrakt. Denn „dadurch daß das Schuldbeziehungsgeschäft sich als solches zu erkennen gibt, individualisiert es seinen Bestimmungsgrund".[50])

Wie ist es nun aber, wenn die Urschuld ein Schenkungsversprechen oder ein abstraktes Schuldversprechen darstellt? Bedarf vielleicht da nicht auch die

---

47) Kober in Staudingers Komm. 1908 Bd. 2 Teil 2 S. 1290.

48) So David a. a. O. S. 356; Silbermann a. a. O. S. 370; Kober a. a. O. S. 1290; Neumann a. a. O. S. 360; Brattig a. a. O. S. 20 f.

49) Reichel a. a. O. S. 178.

50) Reichel a. a. O. S. 179.

kumulative Schuldübernahme der für diese Verträge vorgeschriebenen Form? Diese Frage legt sich **Reichel** (S. 194—198) vor. Er verneint sie aber, und mit Recht. Wenn auch vielleicht einem der Gedanke nahe liegt, daß der kumulative Schuldübernehmer ein Schenkungsversprechen abgibt, wenn er in diese Art der Urschuld eintritt, da er den Schuldgrund des bestehenden Schuldverhältnisses doch auch in sein Schuldverhältnis aufnimmt, und auch wenn man sich vielleicht nicht ganz ohne Berechtigung fragt, warum denn für die kumulative Schuldübernahme eine Ausnahme von der **gleichzeitig** begründeten Gesamtschuld gelten soll, bei der doch von **jedem** der Gesamtschuldner dieselbe Form verlangt werden muß,[51]) so muß dagegen angeführt werden, daß ein „Unterschied zwischen Urschuldbegründung und Mitübernahme dieser Urschuld denn doch besteht“.[52]) Es ist nicht dasselbe, ob ich eine Schuld erst begründe oder ob ich in eine bereits bestehende Schuld nur eintrete.[53]) „Der Eintritt in eine bestehende Schuld kann nicht als ihrer Neubegründung gleich gewertet werden.“[54]) Es hat auch noch niemand verlangt, daß der **privative** Schuldübernehmer wie der Bürge sich erst zu fragen habe, welcher Art die Urschuld sei. Ohne dem Charakter der Urschuld Rechnung zu tragen, geschieht jener Vertrag stets

---

[51]) **Reichel** a. a. O. S. 194.

[52]) **Reichel** a. a. O. S. 197.

[53]) **Reichel** a. a. O. S. 197; **Martinius** a. a. O. S. 188.

[54]) **Oertmann** a. a. O. S. 333.

mündlich, dieser schriftlich. Was aber von diesen Rechtsinstituten gilt, kann man mit demselben Rechte auch für die kumulative Schuldübernahme verlangen.[55])

Andere Ansichten als die hier aufgeführten sind nicht geäußert worden. Das Ergebnis obiger Ausführungen lautet also: Die kumulative Schuldübernahme ist ein selbständiges Rechtsinstitut, das weder der Bürgschaft, noch der Schenkung, noch dem abstrakten Schuldversprechen unterstellt werden darf; die für diese Verträge geltenden Formvorschriften etwa auch analog auf die kumulative Schuldübernahme anwenden zu wollen, ist unzulässig. Ich kann daher meine Ansicht nur dahin äußern, daß die kumulative Schuldübernahme keinem Formzwange unterworfen werden darf, für ihre Gültigkeit ist stets mündlicher Vertragsabschluß ausreichend. Dies auf Grund der dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegenden Formfreiheit der Verträge.[56])

[55]) Reichel a. a. O. S. 198.

[56]) Für Formlosigkeit der kumulativen Schuldübernahme sind folgende Autoren: Dernburg a. a. O. Bd. 2 Abt. 1 S. 403 Anm. 4; Staudinger a. a. O. S. 458; Enneccerus a. a. O. S. 224; Silbermann a. a. O. S. 370; David a. a. O. S. 357; Martinius a. a. O. S. 217; Wolf a. a. O. S. 47; Reichel a. a. O. S. 222; Westerkamp a. a. O. S. 553; Brattig mit geringen Ausnahmen S. 37; OLG. Frankfurt im Recht 1903 S. 287; OLG. Köln im Recht 1904 S. 222 Nr. 1032.

Drittes Kapitel.

Die rechtlichen Wirkungen beider Rechtsinstitute.

Erster Teil.

Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bezw. kumulativem Schuldübernehmer.

§ 10.

Haftung des Bürgen bezw. kumulativen Schuldübernehmers für schuldhaftes Handeln des Urschuldners.

Wir haben nunmehr beide Rechtsinstitute hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkungen miteinander zu vergleichen.

Was zunächst die Haftung anlangt, so ist grundsätzlich die Rechtslage des Bürgen ungünstiger als die des kumulativen Schuldübernehmers. Dies gilt zunächst vom Verschulden, das in der Person des Urschuldners eintritt. Nach dem Grundsatz der Akzessorietät (vgl. auch § 767 Abs. 1 Satz 2) hat der Bürge für ein Verschulden des Hauptschuldners mit einzustehen. Dagegen wird auf Grund der für die kumulative Schuldübernahme geltenden Vorschriften über Gesamtschuld (vgl. oben § 6) im

Zweifel die Verpflichtung des kumulativen Schuldübernehmers nach § 425 Abs. 2 durch ein Verschulden des Urschuldners nicht berührt.

Nach § 767 Abs. 1 Satz 2 hat der Bürge auch für die durch Verzug des Hauptschuldners entstandenen Rechtsfolgen einzustehen. Er hat also unter Umständen Verzugszinsen zu zahlen und für casus und mixtus zu haften (§ 287). Andererseits aber kommt ein Verzug des Gläubigers auch ihm zugute. Im Gegensatz zum Bürgen ist ein Verzug des Urschuldners für die Verpflichtung des kumulativen Schuldübernehmers grundsätzlich bedeutungslos. Ein Verzug seitens des Gläubigers hingegen kommt ihm nach § 424 zustatten.

Verschieden ist auch die Rechtsstellung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme bei einer nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung seitens des Urschuldners. Wird die Leistung durch ein Verschulden des Urschuldners objektiv unmöglich, dann wird dieser schadensersatzpflichtig. Da nun nach § 767 Abs. 1 Satz 1 für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist, so trifft auch den Bürgen die gleiche Schadensersatzpflicht. Der kumulative Schuldübernehmer dagegen wird von seiner Schuld befreit; auch Schadensersatz hat er nicht zu leisten.[1]) Wird die Leistung nur dem Urschuldner nachträglich unmöglich, so wird er von seiner Schuld frei, wenn er beweisen

---

[1]) vgl. Reichel S. 417 Ziff. 2.

kann, daß die Unmöglichkeit nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes war (§ 282). Je nachdem nun der Urschuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist, richtet sich auch des Bürgen Verpflichtung. Die Leistung selbst zu bewirken, „auch wenn sie ihm selbst möglich wäre“,[2]) ist der Bürge weder berechtigt noch verpflichtet. Anders bei der kumulativen Schuldübernahme. Der Umstand, daß der Urschuldner wegen nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit entweder befreit oder schadensersatzpflichtig wird, hat auf die Verpflichtung des kumulativen Schuldübernehmers keinen Einfluß. Dieser bleibt zur ursprünglichen Leistung verhaftet. Was ich bei der kumulativen Schuldübernahme von der Unmöglichkeit gesagt habe, gilt jedoch nur, wenn sich aus den Parteivereinbarungen nichts anderes ergibt. Denn bei der dispositiven Natur des § 425 können die Parteien andere Bestimmungen treffen.[3]) In diesem Falle würde sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft allerdings nicht sehr unterscheiden. Solche Vereinbarungen werden jedoch selten vorkommen.

Der Bürge haftet für die vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Rechtsverfolgung, welche oft recht hoch sein können, der kumulative Schuldübernehmer dagegen in der Regel nicht.

Dasselbe gilt auch von den Kosten der Kündigung.

---

[2]) Reichel a. a. O. S. 421.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 357; Staudinger a. a. O. S. 502 und 504.

§ 11.
Einreden des Bürgen bezw. des kumulativen Schuldübernehmers aus dem Urvertrage.

Wir haben uns jetzt die Frage vorzulegen, ob und inwieweit Bürge und kumulativer Schuldübernehmer Einreden, die dem Urschuldner zustehen, geltend machen können.

Nach dem Grundsatz der Akzessorietät stehen Einreden, welche der Hauptschuldner hat, im allgemeinen auch dem Bürgen zu (§ 768 Abs. 1 Satz 1). Dies gilt auch von den Einreden, die erst nach dem Bürgschaftsvertrage entstehen. Nicht so günstig gestaltet ist die Rechtsstellung des kumulativen Schuldübernehmers. Dieser kann dem Gläubiger nur diejenigen Einreden des Erstschuldners entgegenhalten, die im Momente der Übernahmeerklärung bereits begründet waren. Einreden, die nach der kumulativen Schuldübernahme entstehen, sind ihm verschlossen, wenn wir von den §§ 422 und 423 absehen.[1] Dies folgt aus dem Wesen dieses Rechtsinstituts: Zur Zeit der Begründung ist die kumulative Schuldübernahme in Abhängigkeit von der Urschuld; so wie diese zur Zeit des Vertragsschlusses beschaffen ist, verpflichtet sich der kumulative Schuldübernehmer, seine Verbindlichkeit zu erfüllen; nachher aber geht diese ihre eigenen Wege, unbekümmert um das rechtliche Schicksal der Urschuld.

---

[1]) vgl. Reichel a. a. O. S. 393 f.

Besonderheiten gelten bei Anfechtbarkeit der Urschuld wie bei einer Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers gegenüber dem Urschuldner. Nach § 770 Abs. 1 hat der Bürge ein Leistungsverweigerungsrecht, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. Hat ein solches Recht auch der kumulative Schuldübernehmer? Meiner Meinung nach kann man diesem ein solches Recht nicht einräumen.[2]) Auch ist er nicht berechtigt, den Urvertrag selbst anzufechten; denn er würde damit in die Rechte des Urschuldners eingreifen.

Einen weiteren Schutz gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme seitens des Gläubigers bietet dem Bürgen Abs. 2 des § 770. Auf Grund dieser Vorschrift kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich dieser durch Aufrechung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Ob dies auch gilt, wenn nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner berechtigt ist aufzurechnen, ist im Sinne der herrschenden Lehre zu verneinen.[3])[4]) Der Wortlaut des Gesetzes spricht unzweideutig für diese Ansicht.

---

[2]) Anders Reichel S. 349. Er will § 770 Abs. 1 analog auf die Schuldübernahme anwenden. Vgl. jedoch Westerkamp S. 429; Brattig S. 29.

[3]) So Fischer-Henle § 770 Anm. 3; Planck a. a. O. S. 833; Oertmann anders 2. Aufl. S. 947; Staudinger a. a. O. § 770, 1 b; Westerkamp a. a. O. S. 421.

[4]) And. A. Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 400; Enneccerus S. 505.

Im Gegensatz zum Bürgen ist dem kumulativen Schuldübernehmer eine aufschiebende Einrede nach § 770 Abs. 2 nicht zuzubilligen.[5]) Auch ist er nicht befugt, mit einer Forderung des Urschuldners aufzurechnen (§ 422).

§ 12.
Verjährung.

Eine wesentliche Verschiedenheit beider Rechtsinstitute zeigt sich bei der Verjährung.

Was zunächst die Verjährungsfrist betrifft, so ist diese bei der Bürgschaft die 30jährige,[1]) gleichgültig ob die Hauptschuld einer kürzeren Verjährung unterworfen ist. Für die Verjährungsfrist bei der kumulativen Schuldübernahme dagegen ist die der Urschuld maßgebend. Verjährt diese nach § 196 in zwei Jahren, so gilt dies auch für die Verpflichtung des kumulativen Schuldübernehmers (§ 201 ist hierbei zu berücksichtigen)![2])

War die Urschuld zur Zeit des Bürgschafts- bezw. des Schuldübernahmevertrages bereits verjährt, so ist ein gültiger Vertrag zustande gekommen; denn die Urschuld war ja vorhanden, wenn auch nur als Naturalobligation. Hier hat der Bürge die Einrede der Verjährung.[3]) Nicht

---

[5]) Dieser Ansicht ist hier auch Reichel S. 497.

[1]) Reichel a. a. O. S. 396 Anm. 1; Westerkamp a. a. O. S. 485.

[2]) Reichel a. a. O. S. 396.

[3]) And. A. Oertmann S. 943 Ziff. 2 d, und zwar auf Grund des § 222 Abs. 2 Satz 2; vgl. § 232 Abs. 2.

minder aber ist diese Einrede auch dem kumulativen Schuldübernehmer zuzubilligen; denn was er übernahm, war eine verjährte Schuld. Hierauf kann er, wie wir oben (§ 10) sahen, eine Einrede stützen.[4])

Wie nun aber, wenn die Urschuld zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht verjährt war, dies aber nachher eintrat? In diesem Falle ist der Bürge anders zu behandeln als der kumulative Schuldübernehmer. § 768 Abs. 1 Satz 1 gewährt hier dem Bürgen eine Einrede, während sich der kumulative Schuldübernehmer nach § 425 Abs. 2 im allgemeinen nicht auf die Verjährung der Urschuld berufen kann.[5])

Wird die Verjährung der Hauptschuld unterbrochen, z. B. durch Klageerhebung (§ 209), so hat dies auf die Verjährung der Bürgschaft keinen Einfluß.[6]) [7]) Dies gilt nach § 425 Abs. 2 grundsätzlich auch für die kumulative Schuldübernahme. Ein Unterschied zwischen beiden Rechtsgebilden tritt aber dann zutage, wenn die Verjährung der Bürgschaft bezw. der kumulativen Schuldübernahme unterbrochen wird und die Urschuld bereits verjährt ist. Hier ist der Bürge günstiger gestellt, insofern er dem Gläubiger gegenüber die Einrede der Verjährung der

---

4) vgl. auch Reichel a. a. O. S. 395; Zürndorfer a. a. O. S. 41.

5) Martinius a. a. O. S. 185; Reichel a. a. O. S. 396.

6) Fischer-Henle § 768 Anm. 2; Oertmann a. a. O. S. 943; Planck a. a. O. S. 831; Reichel a. a. O. S. 398.

7) Anders allerdings Westerkamp a. a. O. S. 488.

Hauptschuld geltend machen kann. Dies ist dem kumulativen Schuldübernehmer versagt.[8])

Verschieden dürfte bei beiden Rechtsinstituten wohl die Hemmung der Verjährung behandelt werden. Bei der Bürgschaft ist so zu folgern: Nach § 768 Abs. 1 Satz 1 kommt die dem Hauptschuldner bewilligte Stundung auch dem Bürgen zugute; denn er kann die durch Stundung für den Hauptschuldner entstandene aufschiebende Einrede auch seinerseits geltend machen.[9]) Nach § 202 Abs. 1 wird nun aber, solange die Leistung gestundet ist, die Verjährung der Hauptschuld gehemmt; folglich muß dies auch für die Bürgschaftsverpflichtung gelten. Dies gilt auch in den Fällen, wo man aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 202 Abs. 1). Anders bei der kumulativen Schuldübernahme; bei dieser wirkt nach § 425 Abs. 2 die Hemmung der Verjährung, welche in der Person des Urschuldners eintritt, grundsätzlich nicht gegen den kumulativen Schuldübernehmer.

§ 13.

Übertragung der Forderung.

Wir haben uns jetzt die Frage vorzulegen:

1. Wie ist die Rechtslage des Bürgen bezw. des kumu-

---

[8]) Oertmann a. a. O. S. 943; Planck a. a. O. S. 831; Zürndorfer a. a. O. S. 41.

[9]) Oertmann a. a. O. S. 942; Planck a. a. O. S. 830.

lativen Schuldübernehmers, wenn die Hauptforderung abgetreten wird?

2. Kann die Forderung aus der Bürgschaft bezw. aus der kumulativen Schuldübernahme selbständig abgetreten werden?

Wird die Hauptforderung abgetreten, so gehen mit dieser nach § 401 Abs. 1 die Rechte aus der Bürgschaft ohne weiteres auf den neuen Gläubiger über. Allerdings kann dies durch Parteivereinbarungen ausgeschlossen werden.[1]) Dann aber verbleiben die Rechte aus der Bürgschaft nicht dem alten Gläubiger, sondern sie erlöschen. Anders bei der kumulativen Schuldübernahme. Auf sie findet § 401 keine Anwendung; denn diese Vorschrift gilt nur für solche Rechte, die nicht selbständig bestehen können.[2]) Unter diese fällt aber die kumulative Schuldübernahme nicht. Vielmehr wird man hier § 425 anzuwenden haben. Danach wirkt die Abtretung der Forderung gegen den Urschuldner im Zweifel nicht gegen den kumulativen Schuldübernehmer.[3]) Die Rechte aus der kumulativen Schuldübernahme gehen nun nicht etwa wie bei der Bürgschaft unter, sondern sie verbleiben dem Zedenten. Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts v. 16. 3. 1908 im Recht 1908 Nr. 1519.

---

[1]) vgl. Staudinger S. 432 (Bem. zu § 401); Oertmann S. 316; Reichel S. 457.

[2]) Reichel a. a. O. S. 455.

[3]) Fischer-Henle § 425 Anm. 1.

Aus dem Gesagten ergibt sich nun als notwendige Folge, daß man die Rechte aus der Bürgschaft ohne die Hauptforderung nicht übertragen kann.[4] Dies gilt aber nicht für die kumulative Schuldübernahme. Die Verpflichtung des Urschuldners wie die des kumulativen Schuldübernehmers sind — im Gegensatz zur Bürgschaft — im allgemeinen voneinander unabhängig, rechtlich völlig gleichbewertet, beide einander koordiniert. Auf Grund der relativ selbständigen Natur ist daher eine Abtretung der Forderung gegen den kumulativen Schuldübernehmer ohne die Forderung gegen den Urschuldner rechtlich zulässig.[5] Es entsteht dann folgende Rechtslage: Gläubiger des kumulativen Schuldübernehmers ist der Zessionar, Gläubiger des Urschuldners der Zedent. Durch die Befriedigung eines Gläubigers geht aber auch die Forderung des anderen unter.

§ 14.

Wirkung eines im Urschuldnerprozesse erstrittenen rechtskräftigen Urteils auf die Bürgschaft bezw. kumulative Schuldübernahme.

Wird der Urschuldner vom Gläubiger verklagt, so entsteht die Frage, ob das in diesem Prozeß erstrittene

---

4) Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 391.

5) Planck a. a. O. S. 316; Oertmann a. a. O. S. 357; Staudinger a. a. O. S. 504; Reichel a. a. O. S. 461; Westerkamp a. a. O. S. 390.

Urteil auch für und gegen den Bürgen bezw. den kumulativen Schuldübernehmer wirkt. Voraussetzung natürlich ist hierbei, daß Bürgschaft bezw. kumulative Schuldübernahme bereits bestanden hatte, als der Prozeß rechtskräftig entschieden wurde.

Es sind nun zwei Möglichkeiten denkbar: erstens der Hauptschuldner unterliegt, zweitens der Hauptschuldner siegt. Bei der Bürgschaft sind diese beiden Fälle scharf auseinanderzuhalten.

Kann der Gläubiger, so fragen wir uns nun, in einem etwaigen Prozesse gegen den Bürgen sich auf ein im Hauptschuldnerprozesse obsiegend erstrittenes Urteil berufen? Die Ansicht hierüber ist in der Literatur geteilt. Darüber daß § 325 ZPO. auf den Bürgen keine Anwendung findet, ist man sich einig. Vielmehr werden Gründe für wie gegen jene Ansicht aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs hergeleitet. Einige[1]) bejahen nun obige Frage. Sie stützen sich auf § 767 Abs. 1 Satz 1: Für die Verpflichtung des Bürgen sei der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend; werde diese in ihrem Bestande und Umfange nun durch das gegen den Hauptschuldner erstrittene rechtskräftige Urteil bestimmt, so sei damit auch gleichzeitig die Verbindlichkeit des Bürgen festgelegt. Diese Ansicht wird von der herr-

---

[1]) z. B. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 1900 S. 444ff.; Seuffert, Komm. z. ZPO. 9. Aufl. Bd. 1 S. 493.

schenden Lehre verworfen,[2]) meines Erachtens auch mit Recht. Man geht hierbei von der Bestimmung des § 767 Abs. 1 Satz 3 aus, daß nämlich durch ein Rechtsgeschäft, welches der Hauptschuldner nach der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert werden solle. Diese Bestimmung würde aber zur Bedeutungslosigkeit herabsinken, der dem Bürgen zugedachte Schutz gegen ein ihn schädigendes Verhalten des Hauptschuldners würde äußerst gering sein, „wenn der Hauptschuldner die ihm materiellrechtlich nicht zustehende rechtsgeschäftliche Einwirkung auf die Rechtsstellung des Bürgen mit Hilfe des Prozesses vollziehen könnte".[3]) Dieser Erwägung hat auch das Reichsgericht in der Entscheidung v. 5. 11. 1903 Rechnung getragen: „Die Prozeßführung des Hauptschuldners sei ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3".[4]) Diese Ansicht ist durchaus zu billigen. Demnach nützt dem Gläubiger ein obsiegendes Urteil gegenüber dem Hauptschuldner nichts im Prozesse gegen den Bürgen.

Findet dies, so fragen wir uns weiter, auch für den Bürgen entsprechende Anwendung, falls der Hauptschuldner siegt? Oder aber darf vielleicht der Bürge

---

[2]) Urteil des RG. v. 5. 11. 1903 Bd. 56 S. 109 ff. und Urteil v. 10. 6. 1909 im Recht 1909 Nr. 2647; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 400; Oertmann a. a. O. S. 941 f.; Planck a. a. O. S. 829; Reichel a. a. O. S. 541; Westerkamp a. a. O. S. 461.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 941 f.

[4]) RG. Bd. 56 S. 111; Fischer-Henle § 167 Anm. 3.

dem Gläubiger die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenhalten? Diese letztere Frage wird allgemein bejaht.[5]) Hier kann man das von Mendelssohn-Bartholdy angeführte Argument des § 767 Abs. 1 Satz 1 verwerten. Dem steht nicht, wie im andern Falle, Satz 3 des § 767 Abs. 1 entgegen: Durch ein Rechtsgeschäft des Hauptschuldners soll die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert werden. Von „vermindern“ spricht das Gesetz nicht, doch wohl mit Absicht. Die ratio des § 767 ist eben die, daß „der Bürge wohl weniger, nie aber“ — abgesehen von Satz 2 — „mehr schulden kann als der Hauptschuldner“.[6])

Daß hiernach der Bürge günstiger behandelt wird als der Gläubiger, ist durchaus nicht ungerecht. „Der Gläubiger ist im Hauptschuldnerprozesse selbst Partei gewesen; er hat es also sich selbst zuzuschreiben, wenn er unterliegt. Der Bürge dagegen ist im Hauptschuldnerprozeß nicht tätig gewesen; ihm war mithin jede Möglichkeit der Einwirkung auf den Ausgang jenes Prozesses verschlossen.“ [7])

Anders zu entscheiden ist obige Frage bei der kumulativen Schuldübernahme. Hier greift § 425 Abs. 2 Platz.

---

[5]) Planck a. a. O. S. 830; Oertmann a. a. O. S. 644; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 400; Westerkamp a. a. O. S. 463; Reichel a. a. O. S. 541; Seuffert a. a. O. S. 493; Mendelssohn-Bartholdy a. a. O. S. 447; Wolf a. a. O. S. 70 f.

[6]) Reichel a. a. O. S. 541.

[7]) Reichel a. a. O. S. 542 f.

Auf Grund dieser Vorschrift wirkt ein rechtskräftiges Urteil, das im Prozesse gegen den Urschuldner ergangen ist, im Zweifel weder für noch gegen den kumulativen Schuldübernehmer.[8])

Zweiter Teil.

Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Bürgen bezw. kumulativem Schuldübernehmer.

§ 15.

Regreß.

Hinsichtlich des Regresses ist die Rechtslage des Bürgen und des kumulativen Schuldübernehmers die gleiche.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht nach § 774 Abs. 1 Satz 1 die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ohne weiteres auf den Bürgen über. Ein zwischen diesem und dem Hauptschuldner unter Umständen bestehendes Rechtsverhältnis, kraft dessen dem Bürgen ein etwaiger Regreßanspruch nicht zusteht, braucht dieser bei der Klagebegründung nicht zu berücksichtigen. Es ist vielmehr Sache des Hauptschuldners, dieses Rechtsverhältnis darzulegen und zu beweisen.

---

[8]) Staudinger a. a. O. S. 504,2g; Planck a. a. O. S. 346 f.; Wolf a. a. O. S. 70.

Wie verhält es sich nun mit der Beweislast bei der kumulativen Schuldübernahme? Nach der für die Entscheidung dieser Frage maßgebenden Vorschrift des § 426 sind die Gesamtschuldner im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß hinsichtlich des Regresses ein Gesamtschuldverhältnis nicht wie das andere zu behandeln ist. Es kommt hierbei vielmehr auf den einzelnen Fall an. Wenn der Urschuldner ein Darlehn erhalten und diese Schuld ein anderer kumulativ übernommen hat, dann kann der Urschuldner, falls er seinem Gläubiger das Darlehn zurückgegeben hat, unmöglich einen Regreß gegen den kumulativen Schuldübernehmer haben. Hat jedoch ein Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, einen Ausgleichungsanspruch gegen einen anderen Gesamtschuldner, dann geht nach § 426 Abs. 2 Satz 1 die Forderung des Gläubigers gegen diesen auf jenen über, aber nur in Höhe des Regreßanspruches, nicht etwa in Höhe der ganzen Forderung wie bei der Bürgschaft. Dies ist der Sinn des § 426 Abs. 2 Satz 1.[1]) In den Worten dieser Gesetzesvorschrift „soweit ein Gesamtschuldner von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann" etwa eine Regelung der Beweislast erblicken zu wollen,[2]) ist nicht angängig. Nach der Fassung des § 426 hat der

---

[1]) So Kuhlenbeck a. a. O. S. 510.

[2]) So Westerkamp a. a. O. S. 383 f.; Reichel a. a. O. S. 569.

kumulative Schuldübernehmer also lediglich darzulegen, daß er den Gläubiger befriedigt hat. Sache des beklagten Urschuldners ist es, falls er den eingeklagten Ausgleichungsanspruch in der vom kumulativen Schuldübernehmer angegebenen Höhe bestreitet, hierfür den Beweis zu erbringen.

Viertes Kapitel.

Der Endigungsgrund beider Rechts-institute.

§ 16.

Endigungsgrund.

Wir kommen nunmehr zu dem Endigungsgrunde beider Rechtsinstitute.

Wird die Urschuld durch Erfüllung, Hinterlegung oder Aufrechnung getilgt, so erlischt dadurch auch die Bürgschaft bezw. die kumulative Schuldübernahme. Besonderes gilt für den Erlaß. Daß der Erlaß, der zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbart ist, ipso jure auch die Bürgschaftsverpflichtung zum Erlöschen bringt, ergibt sich aus ihrer akzessorischen Natur (§ 767 Abs. 1 Satz 1). Dies tritt nicht so ohne weiteres bei der kumulativen Schuldübernahme ein. Soll ein Erlaß auch zugunsten des kumulativen Schuldübernehmers wirken, dann muß die Absicht der Parteien dahin gehen. Ohne weiteres aber kommt jenem im Gegensatz zum Bürgen ein Erlaß nicht zugute (§ 423).

Wie wir oben sahen (§ 13), wird der Bürge von seiner Verpflichtung befreit, wenn der Gläubiger mit

seiner Klage gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen wird. Für die kumulative Schuldübernahme ist eine ausdrückliche Vorschrift in § 425 Abs. 2 enthalten. Nach dieser Bestimmung wirkt ein rechtskräftiges Urteil, auf Grund dessen der Urschuldner obsiegt, nicht zugunsten des kumulativen Schuldübernehmers, es sei denn, daß sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt. Es kommt also hiernach auf den einzelnen Fall an.[1])

Verschieden zu behandeln sind Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme bei der Konfusion, d. h. bei einer Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person. Tritt eine solche in der Person des Hauptschuldners oder Gläubigers ein, dann erlischt naturgemäß die Hauptschuld, infolge der Akzessorietät aber auch die Bürgschaft. Bei der kumulativen Schuldübernahme dagegen bleibt diese in der Regel bestehen, es sei denn, daß die kumulative Schuldübernahme zwecks Sicherung der Forderung eingegangen ist.[2]) Sind Urschuldner und kumulativer Schuldübernehmer untereinander ausgleichungspflichtig, dann kann der Gläubiger natürlich die Forderung gegen den kumulativen Schuldübernehmer nicht in voller Höhe geltend machen. Er muß die Forderung um den Betrag kürzen, den er als Urschuldner schulden würde.

---

[1]) vgl. Leonhard a. a. O. S. 874.

[2]) So auch Salinger a. a. O. S. 90. Dies ist meines Erachtens einer der wenigen Unterschiede zwischen „kumulativer Schuldübernahme mit Bürgschaftscharakter“ und solcher „mit Eigeninteresse“

Vereinigen sich Hauptschuld und Bürgschaftsschuld in derselben Person, so erlischt die Bürgschaft nur dann, wenn der Gläubiger an ihrem Fortbestehen kein Interesse mehr hat, im anderen Falle bleibt sie aber bestehen.[3] [4]) Anders bei der kumulativen Schuldübernahme. Eine Vereinigung von Urschuld und Schuld des kumulativen Schuldübernehmers in einer Person hat keinen Einfluß auf die Verpflichtungen. Der Betreffende haftet dann aus zwei nebeneinander bestehenden Schuldgründen.

Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt, so kann er nach § 775 Abs. 1 unter Umständen von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen. Eine solche Möglichkeit ist, falls eine derartige Vereinbarung nicht getroffen ist, dem kumulativen Schuldübernehmer nicht gegeben.

Eine Bürgschaft kann ferner auch dadurch endigen, daß der Gläubiger Sicherungsrechte aufgibt, aus denen der Bürge hätte Ersatz erlangen können (§ 776). Für die kumulative Schuldübernahme ist eine solche Bestimmung nicht anzuerkennen.

Nach § 777 Abs. 1 kann man auch eine zeitlich begrenzte Bürgschaft eingehen; nach Ablauf der festgesetzten

---

[3]) So die herrschende Lehre: Oertmann S. 940; Dernburg a. a. O. S. 408; Fischer-Henle § 767 Anm. 1; Enneccerus a. a. O. S. 508.

[4]) Anders Cosack a. a. O. S. 586.

Zeit erlischt die Bürgschaft. Dies gilt nicht für die kumulative Schuldübernahme. Eine solche Bestimmung würde mit dem Wesen dieses Rechtsinstituts nicht vereinbar sein.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Gustav Wilhelm Hans Zimmermann, wurde am 1. Juni 1885 zu Görlitz als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Georg Zimmermann geboren und bekenne mich zur evangelischen Religion.

Von Ostern 1892 ab besuchte ich das Realgymnasium meiner Vaterstadt, welches ich aber Oktober 1903 krankheitshalber verlassen mußte. Nach Wiederherstellung meiner Gesundheit trat ich Ostern 1905 in die genannte Anstalt wieder ein und bestand daselbst Ostern 1907 die Reifeprüfung.

Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu München, Berlin und Breslau.

Am 14. November 1910 bestand ich beim Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 16. Dezember 1910 an der Königlichen Universität zu Breslau das examen rigorosum.

Gegenwärtig bin ich Referendar am Königlichen Amtsgericht in Rothenburg (O.-L.).